

Procedência: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais

Interessado: Procuradoria do DER/MG

Número: 14.821

Data: 24 de janeiro de 2008

Ementa:

CONTRATO ADMINISTRATIVO – PAGAMENTO AO CONTRATADO - EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO JUNTO AO INSS – RETENÇÃO DE PAGAMENTO NO CASO DE NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - PARECER N. 14.486 – NOTA JURÍDICA 1.491 –UNIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO

RELATÓRIO

Foi encaminhado pelo ilustre Procurador-Chefe do DER/MG, Ricardo Magalhães Soares, o OFÍCIO/PRC/GAB n. 52, solicitando emissão de parecer quanto à legalidade da retenção de pagamentos em caso de não comprovação de regularidade junto ao INSS pelo contratado.

Informa da existência da Nota Jurídica 1.491, elaborada pela Procuradora do Estado Rochelle Cardoso Americano opinando pela impossibilidade de retenção, com esteio em precedente do Superior Tribunal de Justiça (Resp 633432/MG), entendimento esse divergente do Parecer 14.486 da lavra do Procurador Érico Andrade, manifestando favoravelmente à retenção.

Diante da divergência estabelecida, e citando ainda a advertência contida no parecer desta Consultoria Jurídica de que “*a discussão ainda não chegou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça*”, solicita submissão à Câmara de Coordenação da Consultoria Jurídica para unificar o entendimento.

PARECER

O expediente de consulta faz referência a 03 (três) fornecedores do DER/MG que tiveram seus pagamentos retidos em face da

ausência de comprovação de regularidade fiscal junto ao Cadastro de Fornecedores do Estado de Minas Gerais, todos devidamente notificados para a necessária regularização junto ao fisco.

Os contratos firmados não foram anexados, não se podendo, desta feita, aferir se consta exigência contratual de manutenção das condições exigidas na licitação quando do pagamento ao contratado. Desta forma, o entendimento a ser desenvolvido neste parecer levará em consideração ambas hipóteses.

Além do referido Parecer n. 14.486 da lavra do Procurador Érico Andrade, de 18/04/05, objeto da apontada divergência à Nota Jurídica da Procuradoria do DER/MG, foi emitida Nota Jurídica n.531 em 20/08/04, também da lavra do Procurador Érico Andrade, em resposta à consulta encaminhada pela Secretaria de Transportes e Obras Públicas – SETOP versando acerca de questão concernente à regularidade fiscal e pagamento dos contratados.

À época houve a informação pela SETOP de que *“nos contratos administrativos de fornecimento de materiais e realização de obras públicas firmados pela SETOP consta cláusula no sentido de que durante a execução do contrato a empresa contratada deve manter as condições de habilitação exigidas na licitação, e ainda cláusula consignando que o pagamento da medição se faz até 30 dias depois da apresentação da nota fiscal, instruída com o comprovante de quitação do INSS e do FGTS do mês de competência da medição.”*

Inclusive quando da emissão do Parecer n. 14.486, foi feita a recomendação:

“A Administração Estadual deve incluir nas minutas-padrão de contrato administrativo duas cláusulas: a primeira, prevendo expressamente a obrigação de comprovar a regularidade perante INSS e FGTS, via apresentação de CND, por ocasião da emissão das faturas para os pagamentos do objeto contratual; e a segunda, prevendo como causa de rescisão do contrato, a situação de irregularidade perante o INSS e o FGTS.”

Desta forma, entende-se que durante a execução do contrato a empresa contratada deve manter as condições de habilitação exigidas na data da licitação.

A necessidade de haver previsão contratual expressa de tais exigências, afasta entendimentos jurisprudenciais no sentido da impossibilidade da exigência, acaso não conste expressamente do contrato.

Feita esta introdução, passemos à análise do parecer e nota jurídica em comento, propondo-se a uniformização do entendimento, a fim de que a rotina administrativa seja padronizada.

O Parecer n. 14.486 concluiu pela exigibilidade das certidões, na mesma linha de mencionado parecer da Auditoria Geral do Estado lastreado na seguinte decisão do Tribunal de Contas da União, de caráter normativo:

“nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação no § 3º do art. 195 da Lei Maior“ (Decisão 705/94, DOU de 06.12.95, p. 18599)

A conclusão do citado Parecer 14.486 foi que:

“O pagamento só pode ser efetuado acaso comprovado a regularidade do contratado perante INSS e FGTS. Se, ao contrário, não comprovada a regularidade, o Estado deve reter o pagamento e notificar o contratado e entes federais responsáveis pelas contribuições previdenciárias e FGTS, para a solução da questão, sob pena de rescisão do contrato e consignação de eventuais parcelas devidas em juízo“.

Ao ser novamente submetida a questão pela Auditoria Seccional do DER/MG à Procuradoria do DER/MG, a Procuradora do Estado Rochelle Cardoso Americano ali lotada, entendeu que a retenção do pagamento configura enriquecimento ilícito da Administração Pública, citando entendimento do STJ e concluindo:

“Diante do exposto, esta Subprocuradoria de Contratos e Convênios posiciona-se pela impossibilidade de retenção de pagamento de prestações já executadas por contratadas que não lograram comprovar a sua regularidade fiscal, durante a execução do contrato, sugerindo que, pelo descumprimento deste, seja promovida sua rescisão.”

De fato, à época da emissão do parecer desta Consultoria Jurídica, não havia precedentes dos tribunais superiores, tão somente o posicionamento do Tribunal de Contas que serviu de embasamento para o entendimento final, lastreando juntamente aos normativos legais aplicáveis à espécie, a fundamentação para dar os parâmetros operacionais quando da realização dos pagamentos.

A questão do enriquecimento ilícito foi bem abordada na Nota Jurídica, assim como o julgado do Superior Tribunal de Justiça, apesar de que não é ainda consolidado o entendimento jurisprudencial.

Não há dúvida de que ambas posições fundam-se em fortes argumentos jurídicos. No entanto, é imperativo uniformizar a operacionalização no âmbito da Administração Pública Estadual.

Há argumentos sustentáveis de ambos os lados, no entanto, os argumentos jurídicos do Parecer da Consultoria Jurídica continuam prevalecendo, diante da responsabilidade solidária do Estado perante a inadimplência de seus contratados em suas obrigações fiscais.

E, ainda, agregue-se ao entendimento de que a retenção deve ser realizada, quando for conhecido, apenas do valor do débito, sendo o valor remanescente repassado ao contratado, afastando-se assim, eventual alegação de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

E no sentido da responsabilidade solidária da Administração Pública, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou ao julgar o Resp 414515/RS, tendo como Relator o Ministro Humberto Gomes de Barros:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS -
MODIFICAÇÃO INTRODUZIDA NOS §§ 1º E 2º, DO ART. 71, DA
LEI N.º 8.666/93 - SOLIDARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA COM O CONTRATADO PELOS ENCARGOS PREVIDENCIÁRIOS RESULTANTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO, NOS TERMOS DO ART. 31 DA LEI Nº 8.212/91, SOMENTE A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI Nº 9.032, DE 28.04.95.

- O Estado responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, somente a partir da publicação da Lei n.º 9.032, de 28.04.1995.

- Recurso conhecido e provido.

Por outro vértice, a decisão do Tribunal de Contas da União, já adotada pelo Tribunal de Contas do Estado continua sendo citada em outras decisões, possuindo de fato o caráter normativo, além da circular da Auditoria Geral do Estado que continua respaldando o procedimento operacional praticado pelos órgãos da Administração Pública, ou seja, o pagamento é automaticamente retido diante da ausência de apresentação de CND.

O Tribunal de Contas da União, no acórdão 740/2004 – Plenário, faz referência à decisão:

“De acordo com a Decisão nº 705/94 - Plenário (Ata nº 54/94), item “d”, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema de seguridade social, sob pena de violação ao disposto no § 3º, do art. 195, da Constituição Federal. Assim, se a contratada estiver com o SICAF vencido, não comprovando sua regularidade com o FGTS e o INSS, a Administração não pode efetuar pagamentos relativos à execução do contrato.

Ademais, consoante o art. 71, §2º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato. Desse modo, é imprescindível que a cada pagamento a Administração verifique a conformidade da regularidade da seguridade social da contratada.

Proposta de encaminhamento: Determinar a inclusão nos contratos celebrados com terceiros de cláusula facultando à Administração a possibilidade de retenção de pagamentos devidos, caso as contratadas não estejam regulares com a seguridade social, em observância ao § 3º, do art. 195, da Constituição Federal.”

Assim, nada obstante o entendimento jurisprudencial isolado, mantêm-se a posição anteriormente recomendada, ressaltando-se que cabe ao intérprete atuar amparado pela lei, doutrina e jurisprudência, sendo temerário agir de forma diversa. E em se falando de posicionamento jurídico para lastrear atos da Administração Pública, tal cautela se faz imperiosa.

Diante da ausência de dispositivo legal expresso no que diz respeito à exigência de comprovação de regularidade fiscal quando do pagamento das parcelas do contrato administrativo, deve-se ater aos normativos que regem a espécie e interpretá-los harmonicamente.

A Constituição Federal em seu art. 195, §3º, reza:

Art. 195 (...)

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Tal entendimento é reforçado pela Lei 8.212/91 em seu artigo 47, inc. I, alínea “a”.

O art. 55, XIII da Lei 8.666/93 reza que:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

...

XIII. a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação

Ainda o §2º do art. 71 da Lei 8.666/93 prevê:

Art. 71 (...)

§ 2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários

resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991.

MARÇAL JUSTEN FILHO, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos“, 11ª edição, editora Dialética, página 565, comenta o dispositivo:

“E se a Administração verificar que o sujeito não liquidou suas dívidas previdenciárias produzidas pela atividade necessária à execução do contrato? Cabe à Administração o dever de promover a retenção dos valores necessários à sua liquidação, pagando ao particular os valores remanescentes (e encaminhando ao órgão previdenciário os montantes retidos). Se não o fizer assumirá responsabilidade solidária pelas dívidas referidas.“

Não se pode olvidar, como bem exposto no parecer da Consultoria Jurídica, que a contratação do particular com o Poder Público deve ser entendida no sentido amplo, incluindo-se aí a própria execução contratual.

Por isso, deve a empresa manter sua regularidade fiscal no curso do contrato, pagando em dia o INSS e o FGTS, e não somente no momento da licitação, sob pena de burla à exigência.

Tal posição possui respaldo das normas legais elencadas, roborado pelo entendimento do Tribunal de Contas da União para que seja exigida, quando da efetuação do pagamento de cada prestação contratada, a certidão negativa de débitos fiscais, notadamente, junto ao INSS e FGTS durante todo o pacto contratual.

Assim, com esteio em ambos os entendimentos esposados e a análise conjunta dos normativos aplicáveis, é que se entende deva ser observado o entendimento do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser exigida a regularidade fiscal quando do pagamento dos contratados pela Administração Pública, sob pena de responsabilidade solidária , e, na hipótese de se encontrar em situação irregular, efetuar a retenção do valor total ou, se for do conhecimento, apenas do valor referente ao débito fiscal, repassando ao fornecedor o valor remanescente, caso exista.

Noutras palavras, regular a exigência de CND e a retenção do pagamento.

CONCLUSÃO

Assim, entende esta Consultoria Jurídica que a fatura encaminhada para pagamento sem a comprovação de regularidade fiscal (CND perante o INSS e o FGTS), deve ensejar a retenção dos valores devidos e notificados o contratado e entes federais responsáveis, sob pena de rescisão contratual.

Caso a Administração possa aferir o valor do débito fiscal, deve ser procedida a retenção tão somente dos valores necessários à liquidação do débito em aberto e encaminhado ao órgão federal os montantes retidos, de preferência até a data de seu vencimento, evitando-se assim a incidência de juros de mora e correção monetária, pagando-se ao contratado os valores remanescentes, caso existam. Tal procedimento deve ser observado a fim de que seja desonerada a Administração Pública de sua responsabilidade solidária pelas dívidas referidas.

Por oportuno, reforça-se a recomendação de que os editais e os contratos de prestação de serviços contemplem duas cláusulas:

- a primeira prevendo a exigibilidade da comprovação de regularidade junto ao INSS e FGTS, por ocasião da emissão de cada fatura do pagamento do contratado, ou seja, o pagamento se faz após da apresentação da nota fiscal, instruída com o comprovante de quitação do INSS e do FGTS do mês de competência da cobrança;
- a segunda prevendo a rescisão do contrato e retenção do pagamento diante da necessidade de desonerar-se da responsabilidade solidária da Administração Pública no pagamento das contribuições previdenciárias e FGTS.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 18 de janeiro de 2008

Ana Paula Muggler Rodarte
Procuradora do Estado
Masp 598204.6 - OAB/MG 68.212